

ELEMENTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO: EL PRIMADO DEL DERECHO Y LA VALIDEZ COMO FORMA DE REALIDAD DEL DERECHO

ALFREDO BERGÉS

Georg-August-Universität Göttingen

RESUMEN: El propósito del presente artículo es mostrar la especificidad del pensamiento jurídico moderno que eleva la actividad de la voluntad libre a principio del Derecho. Puesto que la fuente última de toda normatividad, según el pensamiento jurídico premoderno, existe más allá de la actividad del hombre, éste está situado originariamente frente a esta instancia en una relación de obligación: la «naturaleza» obliga al hombre. Este camino premoderno de fundamentación de los derechos y deberes deja abierta la posibilidad de negar a un hombre el reconocimiento de todo derecho (esclavitud) si no ha cumplido con su deber fundamental. Cuando las instancias normativas tradicionales pierden su credibilidad y eficacia, se hace necesario recurrir a un principio inmanente: la actividad del sujeto capaz de autodeterminación. Este principio es el fundamento real del «derecho original, inalienable» del hombre. El Derecho es una construcción que es únicamente válida en la medida en que es una realización adecuada del concepto de libertad.

PALABRAS CLAVE: filosofía del Derecho, modernidad, voluntad libre, Hobbes, Kant, Hegel.

Foundations of Modern Legal Thought: the Primacy of Right and the Form of Validity as the Mode of Existence of Law

ABSTRACT: The aim of the present article is to show the specificity of the modern legal thought that elevates the activity of free will to the principle of law. Since the ultimate source of all normativity, according to the pre-modern legal thought, lies beyond human activity, man is considered to be under a given obligation towards the source from which all rights and duties originate: «nature» imposes its law upon man. Such a pre-modern grounding of norms immediately opens up the possibility of denying one any right (slavery) if one has not fulfilled their fundamental duty. When traditional sources of normativity lose their efficiency and credibility, it becomes necessary to resort to an immanent principle: the activity of the autonomous subject. This principle is the true foundation of the «original, inalienable right» of man. Law is a construction that is valid only insofar as it is an adequate actualization of the concept of freedom.

KEY WORDS: legal philosophy, modernity, free will, Hobbes, Kant, Hegel.

El objeto del presente texto es exponer elementos característicos del pensamiento jurídico moderno. Éste fundamenta la validez de todas las relaciones jurídicas a partir del principio de la voluntad libre. El Derecho es una «existencia de la voluntad libre»¹. Únicamente se puede hablar de Derecho allí donde la

¹ «El que una existencia sea existencia de la voluntad libre constituye el Derecho, que es, por tanto, la libertad en cuanto Idea» (*Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 29). La Idea es en Hegel la unión de *concepto* y *realidad*. La Idea del Derecho es la Idea de la libertad o, en otras palabras, el *concepto* de la libertad y su *realización*: «La ciencia filosófica del Derecho tiene por objeto la Idea del Derecho, es decir, el concepto del Derecho y su realización» (*Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 1).

voluntad libre se da una esfera exterior. La validez de las categorías jurídicas requiere siempre una objetivación de la voluntad libre. Por ejemplo, la validez de la distinción ideal entre «mío» y «tuyo» requiere una serie de momentos reales o actos jurídicos de la voluntad: la toma de posesión, el reconocimiento recíproco de las propiedades y la protección por el poder público. Hobbes hace valer esta idea cuando sostiene que el estado de naturaleza es un estado no jurídico en el que, por tanto, no hay ningún tipo de propiedad. Según el pensamiento jurídico moderno, todo orden normativo es necesariamente una construcción, el resultado de la interacción de voluntades libres.

Los elementos del pensamiento jurídico moderno que vamos a exponer aquí son: *a)* el primado moderno del Derecho (frente al primado premoderno del deber), y *b)* la concepción moderna según la cual la validez es la forma de realidad del Derecho (frente a la concepción premoderna según la cual la facticidad es la forma de realidad del Derecho):

- a)* Según el pensamiento premoderno, el principio último de todo ordenamiento jurídico reside más allá de la actividad del hombre, en la «voluntad de Dios» o en la naturaleza. La naturaleza tiene en esta constelación del pensamiento implicaciones normativas —ya sea como creación de Dios en el pensamiento cristiano o como cosmos en el pensamiento griego—. Puesto que esta instancia normativa no es un principio inmanente, el hombre está situado originariamente frente a esta instancia en una relación de obligación. Los derechos y deberes fundamentales del hombre emanan de esta relación originaria de obligación. No es posible, por tanto, una fundamentación inmediata de los derechos del hombre, sino que es necesario un rodeo por el concepto de un deber originario. De ahí que se pueda hablar en el pensamiento jurídico premoderno de un primado del deber. Este camino de fundamentación de los derechos y deberes tiene una consecuencia política clara. Los derechos del hombre dependen del cumplimiento de este deber fundamental. Así, un hombre que atenta contra esta obligación fundamental pierde inmediatamente sus derechos y puede ser reducido de forma legítima a la esclavitud.
- b)* Según esta concepción, el hombre se encuentra originariamente obligado por una norma dada. La facticidad de esta norma es independiente de la actividad del hombre. Es una realidad «natural». La «naturaleza» obliga al hombre. Cuando el pensamiento jurídico opera con esta proyección, prevalece la idea de que el ordenamiento jurídico debe imitar el «orden natural».

El giro epocal a una nueva forma de pensamiento jurídico sucede a través de procesos históricos por los que las proyecciones del pensamiento jurídico premoderno pierden su credibilidad y eficacia. Los dos procesos fundamentales sin los que es imposible reconstruir el problema de la fundamentación del Derecho a comienzos de la modernidad son la aparición de una nueva concepción científica de la naturaleza y las guerras de religión.

La concepción mecanicista de la naturaleza supone una crítica a cualquier concepción de la naturaleza que le atribuya una finalidad, un plan o cualquier tipo de sanción. La consecuencia de esta crítica en el ámbito del Derecho es evidente. Si la naturaleza es considerada como *matter in motion* ya no se puede recurrir más al orden natural para fundamentar una reglamentación determinada de las relaciones jurídicas. Las determinaciones naturales ya no contienen implicaciones normativas. La fuente última de las relaciones jurídicas tiene que buscarse en otra parte.

En las guerras confesionales se hace palmario que la religión ha perdido su potencial integrador y estabilizador. Mediante este aprendizaje se llega a la conclusión de que es necesario recurrir a principios inherentes a la actividad del hombre si se quiere asegurar el funcionamiento adecuado de las instituciones y, por ende, asegurar la paz. Este proceso de aprendizaje es en última instancia un proceso de autocomprensión del espíritu. Sólo cuando las proyecciones pierden su eficacia el hombre puede llegar a reconocer que las realidades jurídicas son la objetivación de un principio inmanente, de la voluntad libre. De esta problemática social a comienzos de la modernidad surge el impulso para una reflexión filosófica sobre los fundamentos del Derecho².

La filosofía de Hobbes, que formula por primera vez de una forma radical el pensamiento jurídico moderno, reflexiona especialmente sobre estos procesos. Por un lado, intenta desarrollar una formulación consecuente de los principios mecanicistas³. En su explicación de los fenómenos naturales desarrolla modelos mecanicistas para reducir todo movimiento a movimiento local, toda relación causal a *causa efficiens*. Para evitar cualquier referencia a un movimiento teleológico, inherente a una substancia, formula su teoría del *conatus* o *endeavour*: «These small beginnings of motion, within the body of man, before they appear in walking, striking, and other visible actions, are commonly called endeavour»⁴. Por otro lado, Hobbes reflexiona sobre los conflictos políticos que emanan de la obediencia a normas religiosas. La propuesta de Hobbes ante los conflictos religiosos podría formularse así: si quieres sobrevivir, deja a un lado las disputas teológicas y sigue estas normas simples (las así llamadas «leyes naturales») que hacen posible la paz, la estabilidad de un estado jurídico. Los dos últimos libros del *Leviathan* se ocupan de la relación entre iglesia y Estado principalmente a partir de la siguiente pregunta acerca de la validez de las normas religiosas: «by what authority they [i.e. the Scriptures] are made law?»⁵. Frente a las pretensiones de las diferentes iglesias, el Estado tiene la legitimidad de

² Cfr. SCHNUR, R., *Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des modernen Staates*, Berlín, 1962.

³ Cfr. BRANDT, F., *Thomas Hobbes' mechanical conception of nature*, Copenhagen, 1928. Se trata sin duda del mejor estudio del esfuerzo teórico de Hobbes por alcanzar un desarrollo consecuente de los principios mecanicistas en la explicación de los fenómenos naturales.

⁴ *Leviathan*, cap. 6.

⁵ *Leviathan*, cap. 33.

un «dios mortal»⁶ que hace posible la paz mediante su poder absoluto establecido por el consentimiento de todos.

Estos procesos irreversibles de los que se ocupa la filosofía de Hobbes tienen como consecuencia la formación de una nueva constelación del pensamiento. La diferencia entre el pensamiento jurídico premoderno y el moderno se puede explicar a partir de los dos elementos mencionados del pensamiento jurídico moderno: 1) el primado moderno del Derecho, y 2) la validez como forma de realidad del Derecho.

1. EL PRIMADO MODERNO DEL DERECHO

El giro epocal del pensamiento jurídico moderno se caracteriza por una inversión en el camino de fundamentación de los derechos y deberes. El primado del deber, propio del pensamiento jurídico premoderno, consiste en que los derechos y deberes emanan de una obligación originaria. El pensamiento moderno abandona esta idea de una obligación dada y opera con el principio inmanente de la libertad, de la espontaneidad de la subjetividad. El primado moderno del Derecho consiste en que los derechos y deberes emanan de un único derecho originario, inherente a la actividad de la voluntad libre. La instancia, que es la fuente última de todas las relaciones jurídicas, no puede ella misma carecer de todo derecho. La libertad, entendida como espontaneidad de la subjetividad, es algo fáctico, el único *factum* que, por ser el principio del Derecho, es de suyo inseparable de un derecho. De este «derecho único, originario» emanan todos los derechos y deberes. En consecuencia, este «derecho originario» del hombre ya no depende —ni lógica ni políticamente— del cumplimiento de un deber. La razón por la que hablamos de un único «derecho originario» inherente a la libertad del hombre y no, como es habitual, de una pluralidad de derechos humanos, quedará más clara luego al hablar de la formulación del primado del derecho en Kant.

La fundamentación consecuente del pensamiento jurídico moderno no se obtiene de forma inmediata ni es tampoco el resultado de un desarrollo lineal. Tras la formulación del pensamiento jurídico moderno coexisten diferentes líneas de pensamiento en las que se elaboran y también se entremezclan formas de pensamiento premodernas y modernas. La distinción entre el primado del

⁶ Los autores que intentan fundamentar la autoridad del Estado a partir del principio inmanente de la voluntad libre tienen como rivales a pensadores que en sus argumentaciones recurren a preceptos divinos. De ahí que, en el marco de este enfrentamiento, estos pensadores modernos recurran estratégicamente a expresiones que para un lector de hoy parecen delatar la presencia de un trasunto teológico. Nada más lejos de la realidad. El «carácter divino o sagrado» de las formas jurídicas hace referencia en estos autores a su origen en lo más interno del hombre, en la libertad. Así, Hegel afirma, de modo parecido a Hobbes, que el Derecho es «algo sagrado sólo porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad autoconsciente» (*Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 30; cfr. § 270, agregado).

deber y el primado del derecho sirve como criterio de demarcación entre las diferentes líneas de pensamiento: las premodernas, las modernas y las formas híbridas. En virtud de este criterio distinguiremos entre las siguientes estaciones y líneas de pensamiento tomando como ejemplo algunos de sus exponentes: 1.1. El giro realizado por Hobbes: la formulación del primado moderno del Derecho; 1.2. La pervivencia del pensamiento jurídico premoderno: Robert Filmer; 1.3. La aparición de formas híbridas: el primado del deber en Locke; 1.4. La estabilización del giro realizado por Hobbes: el primado del derecho en Kant y Hegel.

1.1. *El giro realizado por Hobbes: la formulación del primado moderno del Derecho*

La primera formulación radical del primado del derecho se encuentra en la filosofía de Hobbes. El estado de naturaleza es un experimento mental que se obtiene al eliminar todas las relaciones jurídicas. En el estado de naturaleza el hombre no tiene ninguna obligación. Ni el principio *exeundum esse e statu naturae*⁷ ni las «leyes naturales» son en Hobbes una obligación. Son, al decir de Kant, un imperativo hipotético o, siguiendo la distinción hobbesiana entre consejo (*counsel*)⁸ y mandato (*command*)⁹, un consejo: «These dictates of reason men used to call by name of laws, but improperly: for they are but conclusions or theorems concerning what conduceth to the conservation and defence of themselves; whereas law, properly, is the word of him that by right hath command over others»¹⁰. El contenido de las «leyes naturales» en Hobbes es en última instancia la lógica interna del contrato. En el estado de naturaleza sólo hay un «derecho originario», inherente a cada voluntad particular: el «derecho a todo» (*ius in omnia*). Puesto que este derecho es inherente a todas las voluntades particulares, se convierte en un derecho a nada. Esta dialéctica muestra la conveniencia de formar un estado jurídico en el que sea posible conseguir una mediación adecuada entre particularidad y generalidad, esto es, una voluntad general. A pesar de esta dialéctica, Hobbes expresa por primera vez la unión originaria entre el *factum*¹¹ de la voluntad (particular) y un «derecho originario». Este punto será retomado posteriormente, como veremos, por Kant y Hegel.

Aunque el interés político de Hobbes es fundamentar el poder absoluto del soberano, tampoco al entrar en el estado jurídico está a disposición del hombre

⁷ Hay que salir del estado de naturaleza.

⁸ Cfr. *Leviathan*, cap. 25.

⁹ Cfr. *Leviathan*, cap. 26.

¹⁰ *Leviathan*, cap. 15.

¹¹ El experimento del estado de naturaleza permite obtener mediante el método de la *resolutio* las realidades elementales *dadas* a partir de las cuales se reconstruyen las «relaciones artificiales» (*artificial chains*) del estado jurídico. Este *factum* es la voluntad particular (*voluntas a natura data*): «Pero en ninguno de estos dos significados [del término “multitud”] se entiende que la naturaleza haya dado a la multitud una sola voluntad, sino una a cada uno de los que la forman» (*De Cive*, cap. 6).

renunciar absoluta e incondicionalmente al «derecho» inherente a la espontaneidad de la subjetividad. Un contrato en el que se renunciara en caso de amenaza a la autodefensa sería nulo: «Before I infer any thing from this definition, there is a question to be answered, of much importance; which is, by what door the right or authority of punishing, in any case, came in. For by that which has been said before, no man is supposed bound by covenant, not to resist violence; and consequently it cannot be intended that he gave any right to another to lay violent hand upon his person»¹².

1.2. *La pervivencia del pensamiento jurídico premoderno: Robert Filmer*

Con la primera formulación del pensamiento jurídico moderno no desaparecen los sistemas que operan con formas de pensamiento premodernas. Estos sistemas consideran el orden normativo como una realidad dada que como tal es independiente del consentimiento del hombre. Su carácter premoderno es reconocible por la formulación del primado del deber. El contraste entre las formas de pensamiento premodernas y las modernas se hace especialmente evidente en los sistemas entre los que apenas hay disenso en el terreno político. Es interesante cómo reciben estos autores de tradición premoderna el giro realizado por Hobbes porque a través de esta recepción se manifiestan las novedades y dificultades específicas de esta nueva forma de pensamiento.

Robert Filmer es un ejemplo de la pervivencia de las formas de pensamiento premodernas después del giro realizado por Hobbes. Su obra principal es el *Patriarcha* en la que expone un orden natural basado en el poder patriarcal concedido por Dios a Adán. Con esta obra Filmer pretende, por un lado, mostrar que el poder absoluto de la monarquía es la única forma legítima y, por otro lado, criticar la idea de que la autoridad de las instituciones depende del consentimiento de los hombres. El primado del deber se hace evidente en que todos los derechos y deberes emanan del mandato por el cual Dios concedió a Adán el poder patriarcal:

«I see not then how the Children of *Adam*, or of any man else can be free from subjection to their *Parents*: And this subjection of Children being the Fountain of all *Regal Authority*, by the Ordination of God himself; It follows, that Civil Power, not only in general is by Divine Institution, but even the Assignment of it Specifically to the eldest Parents, which quite takes away that New and Common distinction which refers only Power Universal and Absolute to God; but Power Respective in regard of the Special Form of Government to the Choice of the people»¹³.

En la recepción que hace Filmer de la filosofía de Hobbes se hace evidente la novedad del pensamiento de Hobbes. Éste defiende la legitimidad de un diseño político de las instituciones muy similar al de Filmer, pero para defender su posicionamiento político recurre a principios inmanentes y somete a una críti-

¹² *Leviathan*, cap. 28.

¹³ *Patriarcha*, cap. 1.

ca exhaustiva las proyecciones jurídicas del pensamiento premoderno. Filmer hace hincapié en la novedad del giro realizado por Hobbes al acentuar el consenso entre ambos en el plano político y el antagonismo irreconciliable en el plano teórico:

«With no small content I read Mr Hobbes' book *De Cive*, and his *Leviathan*, about the rights of sovereignty, which no man, that I know, hath so amply and judiciously handled. I consent with him about the rights of exercising government, but I cannot agree to his means of acquiring it. It may seem strange I should praise his building and yet mislike his foundation, but so it is»¹⁴.

1.3. *La aparición de formas híbridas: el primado del deber en Locke*

Tras el giro realizado por la filosofía de Hobbes aparece una línea de pensamiento que toma de Hobbes principalmente dos elementos: el experimento del estado de naturaleza y la teoría contractualista. Sin embargo, en esta línea de pensamiento estos elementos modernos aparecen formulados en el marco de una teoría que opera todavía con formas de pensamiento premodernas. De nuevo esta orientación premoderna es reconocible por el primado del deber. A causa de esta mezcla de elementos modernos y premodernos se pierde la radicalidad en la que reside la fuerza teórica de los planteamientos hobbesianos. Esta línea de pensamiento está constituida por una serie de formas híbridas como, por ejemplo, la filosofía de Locke y la de Pufendorf.

Aquí mostraremos el primado del deber en estas formas híbridas tomando como ejemplo la filosofía de Locke. Éste deduce los derechos y deberes a partir de un deber fundamental, independiente del consentimiento del hombre. Locke mezcla este primado premoderno del deber con el teorema moderno de un estado de naturaleza: «the state of nature has a law of nature to govern it, which obliges every one»¹⁵. Esta obligación natural es una realidad dada, independiente del consentimiento del hombre. No importa aquí el contenido de este mandato, sino el principio al que se recurre para fundamentarlo.

Este camino premoderno de fundamentación de los derechos y deberes deja abierta siempre la posibilidad de negar a un hombre el reconocimiento de cualquier tipo de derecho con el pretexto de haber incumplido su obligación fundamental. Esta forma de pensamiento pone así los fundamentos para legitimar la esclavitud. Esta consecuencia lógica es expuesta claramente por Locke en el capítulo dedicado a la conquista¹⁶. Quien no cumple su obligación primera (la «ley natural») en el estado de naturaleza entra así en el estado de guerra. El hombre que comete la injusticia de tomar parte en una «guerra injusta» puede ser reducido legítimamente a la esclavitud: «Suponiendo que nos encontremos en un estado tal que no tenemos juez común al que apelar —pues de tal estado estoy hablando ahora—, es el injusto uso de la fuerza lo que pone a un hombre en guerra con

¹⁴ FILMER, R., *Patriarcha and other Writings*, Cambridge, 1991, pp. 184-185.

¹⁵ *The Two Treatises of Civil Government*, II, § 6.

¹⁶ Cfr. *The Two Treatises of Civil Government*, II, cap. 16.

otro; y el culpable de la agresión es el que ha abandonado su derecho a la vida»¹⁷. Según este planteamiento totalmente opuesto al hobbesiano¹⁸, está a disposición del hombre la posibilidad de renunciar a conservar su vida: «Su agresión y el estado de guerra en que se había puesto a sí mismo hicieron que él estuviese renunciando a su vida»¹⁹. Puesto que cualquier derecho del hombre depende en última instancia del cumplimiento de este primer deber dado, el vencedor puede apropiarse de los servicios del vencido en concepto de reparación.

1.4. *La estabilización del giro realizado por Hobbes: el primado del derecho en Kant y Hegel*

Otra línea de pensamiento consiste en el esfuerzo teórico de varios autores por estabilizar y desarrollar de modo consecuente el giro realizado por Hobbes hacia un pensamiento jurídico que eleva la voluntad libre a principio del Derecho. Las estaciones más importante de esta línea de pensamiento son el Derecho racional de Kant y la filosofía del espíritu objetivo de Hegel. La estabilización del pensamiento jurídico moderno formulado por Hobbes requiere no sólo liberarse de los restos premodernos que están presentes en las formas híbridas que acabamos de mencionar, sino también requiere corregir las inconsecuencias teóricas del modelo hobbesiano que emanan sobre todo de sus principios materialistas y contractualistas. Esta tarea requiere principalmente lo siguiente: permanecer en el primado del derecho formulado por Hobbes; pensar adecuadamente el concepto de libertad en el ámbito del Derecho; reconstruir en toda su complejidad la lógica inmanente del Derecho a partir de la actividad objetivadora de la voluntad libre. Aquí nos ocuparemos únicamente de la formulación del primado del derecho en Kant y Hegel.

Vimos que en el experimento mental del estado de naturaleza Hobbes afirma la unión originaria entre la actividad de la voluntad libre y un derecho inherente, irrenunciable. Kant aprehende una dimensión fundamental de la libertad al afirmar que la libertad no tiene una condición de la existencia (*ratio essendi*), sino únicamente una condición del conocimiento (*ratio cognoscendi*): la conciencia de la ley moral es la *ratio cognoscendi* que nos permite afirmar la libertad, mientras que ésta es la *ratio essendi* de la ley moral. También Kant afirma que la libertad, fuente última de toda normatividad, es inseparable de un «derecho originario»: «La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este Derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad»²⁰.

¹⁷ *The Two Treatises of Civil Government*, II, § 181.

¹⁸ Vimos que en Hobbes la espontaneidad de la voluntad es irrenunciable. El hombre no puede en ningún caso renunciar a conservar su vida.

¹⁹ *The Two Treatises of Civil Government*, II, § 182.

²⁰ *La metafísica de las costumbres* (Ak, VI, 237). Por «humanidad» no se entiende aquí la especie humana, sino la cualidad de ser hombre, de ser persona y como tal pertenecer a un mundo no-natural.

Kant distingue así entre un único «derecho innato» (*angeborenes Recht*), basado en «el principio de la libertad innata»²¹, y una pluralidad de «derechos adquiridos». El derecho innato es independiente de todo acto jurídico. Los «derechos adquiridos» son el despliegue de la libertad innata en el horizonte intersubjetivo: «el primero de los cuales [i.e., el derecho innato] es el que corresponde a cada uno por naturaleza, con independencia de todo acto jurídico; el segundo [i.e., el derecho adquirido] es aquel para el que se requiere un acto de este tipo»²². No hay, por tanto, una pluralidad de derechos, sino un único derecho. Este «derecho único» es inherente a la espontaneidad de la voluntad libre, mientras que la pluralidad de derechos adquiridos es una contrucción, el resultado de la actividad objetivadora de la voluntad libre en el horizonte intersubjetivo.

Aunque Kant expresa adecuadamente esta inseparabilidad entre libertad y derecho, la expresión «derecho innato» es equívoca: «Las formulaciones de Kant aquí son como mínimo poco comunes y tampoco han sido escogidas con mucho acierto. La ‘libertad’ no es en sentido estricto un ‘derecho’, y el adjetivo ‘innato’ remite por asociación a la doctrina tradicional y totalmente problemática de las ‘verdades innatas’. Sin embargo, los derechos no son innatos, sino producidos»²³. Al hablar en singular de este supuesto «derecho innato», Kant expresa algo esencial de la realidad: la instancia que es la fuente última de todos los derechos y deberes no puede carecer ella misma de todo derecho y estar disponible para cualquier fin²⁴. Por eso, el hombre es un «fin en sí mismo».

Kant formula, igual que Hobbes, el camino moderno de fundamentación de los derechos y deberes. Todos los derechos y deberes son el despliegue de este «derecho innato» o «libertad innata» en el horizonte intersubjetivo. La consecuencia lógica y política de este camino de fundamentación es que este derecho no depende del cumplimiento de un deber. Por tanto, ya no se puede fundamentar la esclavitud porque esta libertad es irrenunciable, inalienable: «Todavía menos pueden derivarse la esclavitud y su legitimidad del hecho de que un

²¹ *La metafísica de las costumbres* (Ak, VI, 238).

²² *La metafísica de las costumbres* (Ak, VI, 237).

²³ JAESCHKE, W., «Zur Begründung der Menschenrechte in der frühen Neuzeit», en WEGMANN, K. - OMMERBORN, W. - ROETZ, H. (eds.), *Menschenrechte: Rechte und Pflichten in Ost und West*, p. 209.

²⁴ Esta unidad originaria entre la libertad fáctica del hombre y el derecho inherente a ella hay que pensarla como un «vuelco» inmediato, similar al vuelco por el que son inseparables ser y pensamiento. En la expresión *cogito ergo sum*, el término *ergo* no remite a una inferencia deductiva, sino a un vuelco inmediato. Del mismo modo que este vuelco es independiente de cualquier inferencia deductiva, el supuesto «derecho innato» de Kant es independiente de cualquier acto jurídico. La actividad de la que emanan todos los deberes y derechos no puede carecer ella misma de todo derecho. La forma lógica de este vuelco inmediato es también idéntica al vuelco que une las categorías «ser» y «nada» en la *Ciencia de la Lógica* de Hegel. Estas dos categorías son las primeras categorías y, por ende, las más abstractas de la *Ciencia de la Lógica*. Están unidas por un vuelco inmediato. De ahí que Hegel obtenga la tercera categoría de la lógica —«devenir» (*Werden*)— a partir de este vuelco que une inmediatamente las categorías «ser» y «nada».

pueblo haya sido derrotado mediante una guerra, porque para ello habría que suponer que la guerra ha sido punitiva»²⁵.

También en Hegel encontramos el primado moderno del Derecho o de la libertad. El hombre es de suyo libre pero no puede alcanzar de forma inmediata una comprensión adecuada de su libertad. La libertad es un «en sí» (*an sich*) del hombre, que sólo en la mediación histórica puede adquirir un conocimiento de sí. Por eso, Hegel sostiene que la historia universal es «el progreso en la conciencia de la libertad» y no el progreso en la realización de la libertad. Hegel incorpora este modelo de la autoconciencia en su filosofía del Derecho. El contenido del Derecho es una «existencia [...] de la libertad autoconsciente»²⁶ (*Dasein der selbstbewußten Freiheit*), una objetivación de la voluntad en su camino hacia una conciencia cada vez más adecuada de su libertad.

Hegel formula también la unión originaria entre libertad y derecho. La fuente última de todas las relaciones jurídicas no puede carecer ella misma de todo derecho. La personalidad es el fundamento del Derecho²⁷ y, por eso, portadora de un derecho originario que es «imprescriptible»²⁸ (*unverjährbar*). Hegel formula también la consecuencia de este primado moderno del derecho o de la libertad. Este «derecho absoluto» no depende del cumplimiento de un deber y se puede hacer valer en todo momento: «Radica en la naturaleza de la cosa que el esclavo tiene el derecho absoluto de hacerse libre, y que si alguien ha comprometido su eticidad con el robo y el crimen, este compromiso es nulo y a cualquiera le compete la facultad de anular ese contrato»²⁹.

En Hegel aparece la crítica kantiana a la enumeración de una pluralidad de derechos dados. No *hay* una pluralidad de derechos a los que uno pueda apelar al margen de la realidad concreta de las instituciones. Hay que reconstruir cómo este derecho inherente a la libertad se despliega en el horizonte intersubjetivo y en el mundo de las instituciones. Hegel formula esta idea diciendo que no hay que pensar este derecho del hombre al margen de la vida del Estado, en la forma abstracta del «cosmopolitismo»:

«Pertenece a la cultura, al pensar como conciencia del individuo en la forma de la universalidad, que yo sea aprehendido como persona universal, en lo cual todos somos idénticos. El hombre vale porque es hombre y no porque sea judío, católico, protestante, alemán o italiano. La conciencia de este valor del pensamiento es de infinita importancia, y sólo es imperfecto cuando se fija como cosmopolitismo para oponerse a la vida concreta del Estado»³⁰.

Hegel hace la formulación más adecuada de este primado moderno de la libertad o del derecho porque piensa el despliegue de este derecho originario no sólo, como Kant, en el horizonte intersubjetivo, sino también en la historia del

²⁵ *La metafísica de las costumbres* (Ak, VI, 348-349).

²⁶ *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 30.

²⁷ Cfr. *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 36.

²⁸ *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 66.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 209.

Derecho en cuanto historia de la libertad. Aunque la espontaneidad de la subjetividad sea algo fáctico, la formulación de un derecho inherente a la subjetividad y la pretensión de hacerlo valer no son ya realidades inmediatas, sino productos eminentemente históricos. De ahí que la formulación de este primado del derecho o de la libertad sólo haya podido tener lugar en la modernidad: «El derecho de la particularidad del sujeto a encontrarse satisfecho, o, lo que es lo mismo, el derecho de la libertad subjetiva, constituye el punto central y de transición en la diferencia entre la antigüedad y la época moderna»³¹.

2. LA VALIDEZ COMO FORMA DE REALIDAD DEL DERECHO

Hasta aquí hemos intentado mostrar cómo es posible delimitar el pensamiento jurídico moderno de otras formas de pensamiento premodernas a partir de este primado del derecho. También nos ha servido de criterio para establecer una clasificación de las diferentes líneas de pensamiento que coexisten después del giro realizado por Hobbes. Para concretar más esta caracterización del pensamiento jurídico moderno, en contraste con las formas premodernas, vamos a exponer cómo el pensamiento jurídico moderno concibe la realidad del Derecho.

Hemos visto que según el pensamiento jurídico moderno la única realidad *dada* es la libertad. No *hay* una pluralidad de derechos, puesto que esta pluralidad adquiere *validez* en la realización de la libertad o, en otras palabras, en el horizonte intersubjetivo y en el mundo de las instituciones. En consecuencia, la forma de realidad del derecho no es la facticidad, sino la validez.

La forma de validez consiste en una unión del concepto del Derecho (i.e., el concepto de la voluntad libre) y su realización. En otras palabras, sólo puede hablarse de validez donde la voluntad se da una esfera exterior. La validez de las categorías jurídicas requiere siempre una objetivación de la voluntad. Al decir de Hegel, la validez sólo existe como Idea del Derecho³², como unión de concepto y realidad/realización: «La ciencia filosófica del Derecho tiene por objeto la Idea del Derecho, es decir, el concepto del derecho [i.e., el concepto de libertad] y su realización»³³. La forma de la validez consiste en una existencia de la voluntad libre.

Esta concepción del Derecho acentúa la relación entre validez y eficacia. Allí donde las categorías jurídicas son necesariamente ineficaces no se puede hablar de validez. Por eso, según Hobbes, el estado de naturaleza es un estado no jurídico, un estado donde no se puede hablar de actos justos o injustos. La validez y eficacia de las categorías jurídicas requiere que la voluntad se objetive en una serie de relaciones. Al decir de Hobbes, las categorías jurídicas requieren la obje-

³¹ *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 124.

³² Cfr. nota 1.

³³ *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 1.

tivación de relaciones artificiales (*artificial chains*) para tener validez. Kant retoma esta idea hobbesiana en su formulación del estado de naturaleza: «mientras pretenden estar y permanecer en este estado de libertad exterior sin ley, los hombres no son injustos en modo alguno unos con otros si luchan entre sí»³⁴. Sin embargo, actúan injustamente porque imposibilitan la validez y la eficacia del concepto de Derecho: «Pero en realidad son injustos en sumo grado, porque privan de validez al concepto de derecho mismo y entregan todo a la fuerza bruta —por así decirlo— legalmente y de este modo destruyen el derecho de los hombres en cuanto tal»³⁵. Privar de validez al concepto de Derecho no significa aquí otra cosa que hacerlo ineficaz. La única injusticia que se comete en el estado de naturaleza es impedir que la voluntad libre se objetive en una esfera exterior en la que el concepto de Derecho es válido, eficaz.

Esta concepción moderna de la realidad del Derecho implica una crítica tanto al Derecho natural como al positivismo jurídico. El pensamiento jurídico moderno intenta reconstruir la unidad concreta de la Idea del Derecho, la unidad de los dos lados de la Idea: el «lado ideal» (las determinaciones del concepto del Derecho o de la libertad) y el «lado real o de la existencia» (la realización de estas determinaciones): «Esta realidad en general como existencia de la voluntad libre es el Derecho, el cual debe tomarse no solamente en sentido limitado como Derecho jurídico, sino abarcando la existencia de todas las determinaciones de la libertad»³⁶. Desde la perspectiva del pensamiento jurídico moderno, ni el Derecho natural ni el positivismo jurídico piensan adecuadamente esta unidad y acaban sosteniendo posiciones unilaterales:

- 1) El Derecho natural considera que *hay* leyes dadas con independencia de los actos jurídicos y de las normas que constituyen la esfera del Derecho positivo. El pensamiento jurídico moderno sostiene, por el contrario, que sólo se puede hablar de Derecho cuando la voluntad se objetiva en una realidad, o, en otras palabras, en el horizonte intersubjetivo y en el mundo de las instituciones. Según el pensamiento jurídico moderno, el Derecho natural acaba reduciendo la Idea del Derecho a su «lado ideal», de tal modo que lo que entiende por Derecho es, en última instancia, una proyección ideal.
- 2) El positivismo jurídico sostiene que únicamente el Derecho positivo establece un criterio objetivo para determinar lo que es justo e injusto. Hablar de leyes injustas es, en consecuencia, un contrasentido. El pensamiento jurídico moderno que eleva la voluntad libre a principio del Derecho sostiene, por el contrario, que puede haber leyes injustas en la medida en que éstas sean absolutamente incompatibles con el concepto de Derecho, esto es, con el concepto de la libertad: «En esta identidad del ser en sí [*Ansichseins*] y el ser puesto [*Gesetztsein*] sólo tiene obligatoriedad

³⁴ *La metafísica de las costumbres* (Ak, VI, 307-308).

³⁵ *La metafísica de las costumbres* (Ak, VI, 308).

³⁶ *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio* (1830), § 486.

como derecho lo que existe como ley [*Gesetz*]. Dado que el ser puesto constituye el lado de la existencia en el cual puede entrar la contingencia del capricho y otras particularidades, lo que existe como ley puede diferir en su contenido de lo que es derecho en sí»³⁷. Según el pensamiento jurídico moderno, el positivismo jurídico acaba reduciendo el Derecho al «lado real o de la existencia» del Derecho e ignora así el «lado ideal» del Derecho.

El pensamiento jurídico moderno pretende superar tanto las proyecciones del Derecho natural como el reduccionismo del positivismo jurídico reconstruyendo la «unión concreta» de la Idea del Derecho en la que consiste la forma de la validez: la unión entre el concepto de libertad y su realización. Sin embargo, en la medida en que el pensamiento jurídico moderno opera con modelos ahistóricos de racionalidad, tiene lugar la siguiente paradoja: el pensamiento jurídico moderno que intenta reconstruir la realidad del Derecho mediante el principio inmanente de la voluntad libre acaba convirtiendo también este principio en una proyección que existe al margen de la realización histórica de la libertad y, por ende, al margen de las acciones de los hombres. Así, el Derecho racional de Kant opera con una proyección ahistórica de la razón.

Contra todo tipo de proyecciones surge otra línea de pensamiento que intenta hacer valer la legitimidad de las formas en las que se materializa el desarrollo histórico de las instituciones. Según este punto de vista, la forma de validez incluye también una dimensión histórica y geográfica. Montesquieu formula de forma elocuente este punto de vista: una constitución es una totalidad formada por elementos geográficos e históricos. En las constituciones se objetiva la individualidad de cada «pueblo». También Edmund Burke recurre a este punto de vista para criticar la pretensión de imponer un modelo ahistórico de racionalidad frente a la realidad concreta de una constitución.

En su concepto de «eticidad» (*Sittlichkeit*), Hegel intenta fundamentar este punto de vista partiendo de los principios del pensamiento jurídico moderno. Para hacer valer este punto de vista y, por ende, criticar los presupuestos de un modelo ahistórico de racionalidad, Hegel hace referencia a los supuestos erróneos de la siguiente pregunta: «¿quién debe hacer [*machen*] la constitución?». Este pregunta es, según Hegel, errónea porque supone que la actividad objetivadora de la voluntad consiste en un producir inmediato [*Machen*]. Sin embargo, la constitución está «por encima de la esfera de lo que se hace» [*über der Sphäre dessen, was gemacht wird*]:

«Se presenta de inmediato otra pregunta: ¿quién debe hacer la constitución? Esta pregunta parece clara, pero muestra, sin embargo, a una consideración más detenida, que carece de sentido. Presupone, en efecto, que no existe ya ninguna constitución y que sólo hay una multitud atomística de individuos reunidos. [...] Si aquella pregunta supone por el contrario una constitución existente, el hacer quiere decir entonces solamente modificar, y la misma supo-

³⁷ *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 212.

sición de una constitución implica inmediatamente que la modificación sólo puede efectuarse por un camino constitucional. Por otra parte es esencial señalar que la constitución, aunque haya surgido en el tiempo, no debe ser considerada como algo hecho [*Gemachtes*], es por el contrario lo existente en y por sí, y por lo tanto hay que considerarlo por encima de la esfera de lo que se hace, como lo divino³⁸ y persistente»³⁹.

Hegel no sólo hace valer este punto de vista en oposición a una visión abstracta de la actividad de la voluntad, sino que incluso considera a Montesquieu un héroe del pensamiento moderno al haber formulado el punto de vista adecuado desde el que se puede comprender la naturaleza de las relaciones jurídicas y de las instituciones. Este posicionamiento es prácticamente una constante en el pensamiento de Hegel. Ya en *Sobre las maneras de tratar científicamente el Derecho natural* (1802-1803), Hegel presenta la filosofía de Montesquieu como el punto de vista verdadero, como la superación tanto de una versión empirista del Derecho natural (Hobbes, Locke) como de una versión formalista (Kant, Fichte). Y en las *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho* (1821), presenta también el punto de vista de Montesquieu como una comprensión adecuada del Derecho y de su concreción histórica, frente a la concepción del desarrollo histórico con la que opera la Escuela Histórica⁴⁰.

Sólo es posible alcanzar una formulación madura y consecuente del pensamiento jurídico moderno si se desarrolla un instrumental adecuado mediante el cual sea posible reconstruir la formación histórica de las constituciones. En otras palabras, el pensamiento jurídico moderno tiene que poder reconstruir desde sus propios principios la «verdad» de esta última línea de pensamiento que acabamos de mencionar. En la reconstrucción del mundo del Derecho, el pensamiento jurídico moderno tiene que pensar la actividad objetivadora de la voluntad de un modo más amplio e incorporar el elemento histórico y geográfico. En otras palabras, un desarrollo consecuente del pensamiento jurídico moderno requiere elevar la voluntad libre no sólo a principio del Derecho, sino también a principio de la historia del Derecho.

Incorporar el punto de vista de Montesquieu en el pensamiento jurídico moderno supone pensar de una forma más compleja la forma de validez. Hasta ahora habíamos definido la forma de validez como una unidad *concreta* de las determinaciones conceptuales y de su realización. Aquí hay que pensar la concreción en el sentido literal del término latino *concrecere*: crecer de forma conjunta. La forma de validez es un crecer conjunto del «lado ideal» (el concepto de libertad) y del «lado real» (la realización de la libertad) de la Idea del Derecho. Después de incorporar el punto de vista de Montesquieu, la forma de validez es la unidad de la «concreción» histórica, el crecimiento conjunto de los dos lados de la Idea: el lado ideal (el concepto de la libertad) y el lado real que ahora hay que entender como realización histórica (la *historia* de la

³⁸ Cfr. nota 6.

³⁹ *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 273.

⁴⁰ *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, § 3.

libertad)⁴¹. La forma de validez remite así a una concreción histórica en la que se materializa la actividad objetivadora de la voluntad libre.

A modo de síntesis es importante subrayar de nuevo en qué consiste la especificidad del pensamiento jurídico moderno. Éste intenta fundamentar la validez de las relaciones jurídicas a partir de la actividad objetivadora de la voluntad libre. El impulso para formular un pensamiento jurídico que opera con un principio inmanente es un problema fundamental: las proyecciones del pensamiento jurídico premoderno pierden su credibilidad y eficacia debido principalmente a las guerras de religión y a una nueva visión científica de la naturaleza. Elementos característicos del pensamiento jurídico moderno son el primado del derecho y la concepción según la cual la forma de validez es la forma de realidad del Derecho. El primado del derecho consiste en que todos los derechos y deberes emanan de una unidad originaria de libertad y derecho: la actividad que es la fuente última de todas las relaciones jurídicas no puede carecer ella misma de todo derecho. Este primado del derecho nos ha servido de criterio para determinar las siguientes estaciones y líneas de pensamiento: 1) el giro epocal realizado por Hobbes; 2) la pervivencia del pensamiento jurídico premoderno; 3) las formas híbridas, y 4) la estabilización y el desarrollo consecuente del pensamiento jurídico moderno. Después hemos expuesto que, según el pensamiento jurídico moderno, únicamente se puede hablar de validez allí donde la voluntad libre se ha dado una esfera exterior. La forma de validez es una construcción que remite a un proceso de convergencia entre el concepto de libertad y su realización histórica. Para alcanzar una formulación madura y consecuente del pensamiento jurídico moderno es necesario integrar el punto de vista de una última línea de pensamiento: una constitución es legítima cuando es adecuada a la individualidad de un «pueblo».

Georg-August. Universität Göttingen
Institut für Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung
e-mail: alfredo.berges2@gmail.com

ALFREDO BERGÉS

[Artículo aprobado para publicación en diciembre de 2012]

⁴¹ En este sentido Walter Jaeschke, en el artículo *Die vergessene Geschichte der Freiheit* [*La historia olvidada de la libertad*], sostiene con razón que el primer párrafo de las *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho* ha de ser leído de la siguiente manera: el contenido de la filosofía del Derecho es la Idea del Derecho, esto es, el concepto del Derecho (i.e., el concepto de la libertad) y su realización (i.e., la historia de la libertad). JAESCHKE, W., «Die vergessene Geschichte der Freiheit», en *Hegel-Jahrbuch 1993/94*, Berlín, 1995, p. 65.

